

COLOMBIA: UN CASO SUI GENERIS EN EL MARCO DE LA JUSTICIA DE TRANSICIÓN

ALEJANDRO APONTE-CARDONA*

RESUMEN

El presente texto aborda un caso heterodoxo en el contexto general de discusión en torno a la justicia transicional: se trata del caso colombiano. Este país, a diferencia de otros en los cuales ha ocurrido, por ejemplo, un tránsito de un Estado autoritario y antidemocrático, a un Estado democrático, vive en una situación de extrema conflictividad política y social, aunque el régimen es democrático y no sólo desde el punto de vista meramente formal. Por esa razón, el contexto teórico más procedente para asumir el estudio de este caso heterodoxo no es el de la “superación del pasado”, sino más bien el de la “superación de un presente conflictivo”. A partir de allí, se analizan diversos mecanismos de justicia transicional y su desarrollo práctico en el marco general de las relaciones entre guerra y política y entre guerra y derecho.

*Fecha de recepción: 2 de agosto de 2008
Fecha de aceptación: 1 de septiembre de 2008*

* Doctor en Derecho Penal y Teoría del Derecho de la Universidad del Saarland, en Saarbrücken, Alemania. Profesor de Derecho Penal General en la Universidad Javeriana de Bogotá y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, profesor invitado del Instituto Max-Planck para el Derecho Penal Internacional de Friburgo y de diversas universidades de América Latina y Europa. Miembro del grupo de estudios latinoamericanos sobre derecho penal internacional apoyado por la Fundación Konrad-Adenauer. Se desempeña como asesor y consultor internacional de agencias nacionales e internacionales. Contacto: alejandroapontec@yahoo.com.ar

Palabras claves: justicia transicional; mecanismos heterodoxos de justicia transicional; derecho penal y justicia transicional; guerra y derecho; guerra y política; Justicia y Paz; justicia penal internacional; superación del presente conflictivo; Corte Penal Internacional.

COLOMBIA: A SUI GENERIS CASE IN THE FRAMEWORK OF TRANSITIONAL JUSTICE.

ABSTRACT

This text deals with an unorthodox case in the context of general discussion on transitional justice: the case of Colombia. This country, unlike others in which a transit from an undemocratic and authoritarian state to a democratic state has occurred, is living in a situation of extreme political and social conflict; although it has a democratic regime not only from the purely formal point of view. Therefore, the most appropriate theoretical framework to study this unorthodox case isn't "overcoming the past", but "overcoming the present conflict". From here, the author discusses several transitional justice mechanisms, and their practical development within the general structure of relations between war and politics, and war and law.

Key words: *Transitional Justice; Unorthodox mechanisms of transitional justice; Criminal Law and transitional justice; War and Law; War and politics; Justice and peace; Criminal International Court.*

Sumario: Presentación.- I. Mecanismos de superación del pasado o presente conflictivo.- A. La denominada "Ley de Justicia y Paz" y el papel de los tribunales nacionales.- B. Extradición y Ley de Justicia y Paz: el derecho es absorbido por la política.- 1. Las jugadas políticas contra el derecho y

contra las expectativas sociales.- 2. ¿Es posible aplicar el proceso de justicia y paz en la distancia?.- C. Los límites del derecho en escenarios de extrema conflictividad.- 1. ¿Se puede incorporar la violencia masiva y degradada al lenguaje civil del derecho?.- 2. La “violencia pura” y sus relaciones con el derecho.- 3. La “violencia pura” y la banalización del mal.- 4. ¿Puede el estado de excepción captar la violencia más primitiva?.- II. Recuperación de las víctimas para la sociedad y el derecho.- III. Subversión de los procedimientos e ilegitimidad del Congreso.- IV. Mecanismos de justicia transicional en Colombia y Corte Penal Internacional.- V. Reflexión final.- Bibliografía.

PRESENTACIÓN

El presente trabajo constituye un esfuerzo por contextualizar el caso colombiano, heterodoxo por naturaleza, en el marco de la discusión general internacional sobre justicia de transición¹. De la gran cantidad de problemas y desafíos que hoy tiene el país, respecto de la implementación de los diversos mecanismos de justicia transicional, se han escogido aquellos aspectos que hoy son especialmente complejos. Lo primero que es necesario advertir y tiene que ver con el título mismo de este trabajo, es el carácter heterodoxo, diferente y específico del caso colombiano. Ello ha llevado a que la comunidad jurídica del país se encuentre dividida en torno a este fenómeno. De un lado, existen quienes expresan su escepticismo, muy natural por lo demás, respecto del hecho de que se viva en el país un auténtico proceso de justicia transicional. Títulos de textos

1 El presente trabajo recoge reflexiones planteadas en la reunión del Grupo de Estudios Latinoamericano de Derecho Penal Internacional celebrada en Valparaíso, Chile, en el mes de marzo de 2008 y recoge planteamiento expuestos por el autor en el congreso “El papel de los tribunales en contextos de justicia transicional. Oportunidades y desafíos en la región iberoamericana”, celebrado en Madrid en el mes de mayo de 2008 y patrocinado por el Centro de Estudios Constitucionales con sede en esa ciudad. El volumen que recoge los aportes de los diferentes miembros del Grupo, y que amplía considerablemente este trabajo, será publicado en el mes de marzo de 2009, por la Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho, con sede en Montevideo.

que abordan la complejidad del caso colombiano así lo denotan: “¿Justicia transicional sin transición?”, es uno de ellos².

La respuesta a esta pregunta se dirige a los efectos reales que en la dinámica diaria de la democracia pueden tener figuras auténticas de justicia transicional, y a si éstas tienen o no lugar en el país. Para otros, en cambio, hoy se vive un proceso auténtico de justicia transicional. Un hecho debe ser enfatizado, no obstante, en este escrito y en esta dirección: para la Corte Constitucional y para el sistema penal en conjunto, se trata, en el caso de la Ley de Justicia y Paz –sobre la cual se volverá más adelante– y de sus efectos, de una ley especial con procedimientos especiales y figuras propias de la justicia transicional. De entrada y para resolver vacíos legales, con el propósito de aclarar dilemas en su aplicación, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en numerosas sentencias, hace relación al hecho de que se trata de una ley comprendida en el horizonte de la justicia transicional.

La participación de los tribunales nacionales frente a esta ley y los mecanismos que ella desarrolla ha sido muy activa. Por ejemplo y siendo el primero de los tribunales en intervenir, la Corte Constitucional, como se ha dicho, en la intervención masiva que tuvo en la ley, la ajustó en función de la dinámica de justicia transicional, interviniendo una y otra vez en los artículos referidos a los derechos de las víctimas³. Así lo ha entendido también y desde luego la Fiscalía General de la Nación, actor hoy de primer orden en la aplicación práctica de la ley. Se trata de un hecho fundamental para este escrito, ya que en el discurso y en la práctica de los operadores está presente el hecho de que la ley se inscribe en esta lógica de justicia transicional, así como también diversos mecanismos de lo que se denomina DDR (“desarme, desmovilización y reintegración”), diversas fórmulas de reparación a las víctimas y diversos mecanismos dispuestos en la lógica de la reconciliación, también son concebidos en una lógica transicional.

2 Rodrigo Uprimny (ed.), *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia* (Bogotá. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, DeJusticia, 2006).

3 Se trata de la sentencia C-370 de 2006, que será comentada posteriormente.

Una posición intermedia, respecto del caso colombiano, podría ser aquella que constata que se trata hoy, en el país, de un proceso complejo con fórmulas y mecanismos de justicia transicional, mas no en sí de un proceso de justicia transicional⁴. En cualquier caso y como se ha dicho, para los operadores jurídicos y para las instituciones estatales, diversos mecanismos, como la Ley de Justicia y Paz y aquellos que de ella se derivan, deben ser interpretados como propios de la justicia transicional.

Ahora bien, la heterodoxia del caso colombiano tiene que ver con el hecho de que no se trata en el país de mecanismos o de procesos propios de una transición ortodoxa –como en Argentina o Chile, p. ej.– de un régimen *de facto* y antidemocrático a una democracia. Por eso y en todo caso, no se debe hablar en Colombia de superación del pasado, sino de un caso, si se quiere, mejor, de “superación de un presente conflictivo”, expresión que designa de manera más acertada el caso colombiano⁵. Desde luego y en perspectiva histórica, también en el país se han generado mecanismos propios de una posible superación de pasados conflictivos; pero, como se dice, el concepto que mejor se adecua a la actualidad es el de superación de un presente continuo de violencia endémica. Y es justamente esta violencia endémica, degradada y muchas veces sin salida a la vista, aquello que determina la especificidad más concreta del caso colombiano.

En efecto, como lo ha podido establecer el autor en diversos trabajos previos a éste, es la dinámica de la relación entre la guerra y

4 Ésta es por ejemplo una conclusión de uno de los autores que, desde el punto de vista del derecho comparado, más ha trabajado el tema, y que hace parte del International Centre for Transitional Justice (ICTJ), Pablo de Greiff, director de la unidad de investigación con sede en Nueva York. Esta conclusión fue expresada en el contexto del congreso internacional sobre justicia transicional, “El legado de la verdad: Impacto de la justicia transicional en la construcción de la democracia en América Latina”, celebrado en Bogotá en el mes de junio de 2007, con el patrocinio del ICTJ.

5 Expresión utilizada por Kai Ambos y Ezequiel Malarino, en el índice seguido por los autores de los informes del Grupo de Estudios Latinoamericanos sobre Derecho Penal Internacional, en el tema desarrollado en la discusión conjunta en Valparaíso, Chile, en marzo de 2008. Los resultados de la discusión serán publicados, como se ha advertido, en el mes de marzo de 2009 por la Fundación Konrad Adenauer.

la política, la guerra y el derecho, en últimas, la dinámica misma de la guerra, lo que le da el verdadero contenido a estatutos normativos, como es el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, y a otras normatividades propias del derecho penal internacional en el derecho interno; también, es la dinámica de la guerra lo que le da contenido específico a la aplicación de la jurisprudencia sobre crímenes internacionales, y ello es tanto más cierto, desde luego, en el caso de los mecanismos de justicia transicional que se apliquen en el país. Precisamente estos han sido concebidos en el horizonte de un conflicto degradado, que produce inmensos costos económicos y sociales y que, sobre todo, genera hoy toda suerte de acciones contra civiles inocentes, contra ciudadanos desarmados e inermes, que produce diariamente delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra. Ese es el contexto general con base en el cual se ha redactado el presente trabajo⁶.

Como se ha dicho, en Colombia se han utilizado numerosos mecanismos, tanto en el contexto de aquellos que pueden definirse en el horizonte de la denominada *superación del pasado* como en el contexto, más coherente, de la posible *superación de un presente conflictivo*. Las amnistías, los indultos, el uso del derecho de gentes como mecanismo regulador de las confrontaciones armadas, los delitos de rebelión y de sedición, como base del delito político —amnistiable e indultable por esencia—, han sido figuras ligadas a numerosos procesos de paz y a numerosos intentos de superación de pasados conflictivos o de presentes que continúan o se perpetúan en el tiempo.

Debe entenderse, para una ubicación histórica consistente, que las diversas guerrillas que han existido en Colombia, cuando han estado involucradas en procesos de paz, han sido objeto de figuras como las amnistías o los indultos, con el propósito de ser incorporadas a la vida civil. También, aunque de manera excepcional, actores como el narcotráfico han sido objeto, si bien no de amnistías o indultos directamente, sí de modelos de justicia penal que, desde el punto de

6 Cfr., a manera de ejemplo, *Estatuto de Roma y procesos de paz: reflexiones alrededor del "Proyecto de alternatividad penal" en el caso colombiano*, en Kai Ambos (ed.), *Temas actuales del derecho penal internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania, España*, 117-150 (Montevideo, marzo de 2005).

vista del derecho comparado, pueden ser concebidos como *derecho penal premiado*: es el caso, por ejemplo, de la denominada “Ley de sometimiento a la justicia”, una ley especial que, durante los años noventa, pretendió conceder beneficios especiales a narcotraficantes y, con ellos, a miembros de grupos paramilitares de entonces, con el propósito de dismantelar sus máquinas de guerra. (Esta ley tuvo en cuenta, además, diversas normas que en Italia fueron desarrolladas desde los años ochenta y en los noventa para combatir las mafias y neutralizar sus efectos).

Por tradición, los mecanismos de superación del pasado o de incorporación a la vida civil de actores armados ilegales habían sido aplicados sólo a las guerrillas: respecto de ellas se reconocía el carácter político de su acción, eran concebidas como delincuentes políticos y, por ello, con dichas guerrillas el Estado, a diferencia de hacerlo con los delincuentes comunes, podía entrar en diálogo; habían sido concebidas siempre, en el horizonte, digamos, de aquella figura concebida por Gustav Radbruch como el *Überzeugunstätter* o delincuente por convicción.

Mientras tanto, otros actores, como el narcotráfico o miembros de grupos paramilitares, no habían sido concebidos en el horizonte del delito político y, por esa razón, con ellos no se entraba en procesos de negociación, por lo menos, por “encima de la mesa”; para usar esta imagen: con el delincuente político se negocia por encima de la mesa y con los delincuentes comunes, ligados al conflicto, se negocia por “debajo de la mesa”. Valga aquí introducir una diferencia que, por lo menos desde el punto de vista metodológico, puede servir para observar la diferencia que históricamente ha existido entre los actores del conflicto. Esta diferenciación la hace Johan Huizinga en una obra clásica, *Homo ludens*, en donde el autor diferencia entre el “enemigo del juego” y el “falso jugador”⁷.

El enemigo del juego es aquel que por principio está fuera del juego económico, político y jurídico; sería, digamos, el delincuente político; mientras que el falso jugador es aquel que, si bien amenaza el juego en general, no se opone al mismo, sino que busca una mejor

7 Johan Huizinga. *Homo ludens. Vom Ursprung der Kultur im Spiel*, 20 (Hamburg, 1997).

posición dentro de él, usando desde luego la violencia, el crimen y toda suerte de métodos ilegales. Hoy, no obstante, tanto desde el punto de vista fáctico y del comportamiento de los actores, como desde el punto de vista normativo, estas diferencias son tenues, prácticamente no existen más en la realidad cotidiana. Pero, la discusión sobre el carácter de los autores sigue siendo fundamental: por primera vez en la historia del país, por lo menos de una manera sistemática y masiva, miembros de grupos paramilitares, ligados además como lo están a las guerrillas, al narcotráfico, han sido concebidos, por lo menos en la decisión política del Ejecutivo, como delincuentes políticos; sus acciones han sido concebidas como parte del delito de sedición, delito que no presupone la pretensión de sustituir un régimen, sino de interrumpir su normal funcionamiento. El artículo 71 original de la Ley de Justicia y Paz daba ese carácter a los nuevos actores ligados a la violencia crónica del país. No obstante, el sistema judicial del país ha negado este carácter de manera sistemática: primero el juez constitucional y luego el juez penal a través de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia han negado esta condición.

Se trata de un debate supremamente complejo, que ha creado enemistad entre las ramas del poder público y una injerencia manifiesta y dañina del poder ejecutivo en la órbita del poder judicial: la clásica categoría desarrollada por la criminología, el denominado “poder de definición”, se juega todos los días en este escenario; su valor connotativo, su valor explicativo es hoy más que nunca fundamental. En el país existe una disputa entre el sistema judicial y el poder ejecutivo, en cuanto se refiere al carácter que se les debe otorgar a los diversos actores de la guerra, particularmente, en el caso que nos ocupa, a los sujetos actuales de la Ley de Justicia y Paz. Es un tema fundamental, que se liga a la tradición de Colombia. Y a esta tradición se vincula, además, el reconocimiento explícito, por parte del sistema judicial, de la existencia del conflicto armado interno y de la necesidad de regularlo, a pesar de que el actual gobierno niegue dicho conflicto armado⁸.

8 Cfr., a propósito, un trabajo del autor de este escrito, en el cual se reconstruye

Debe decirse que existe un avance significativo, no sólo desde el punto de vista de la tradición del país, de aplicación de mecanismos para acotar o mermar los efectos de la guerra a otros actores, sino también en relación con la aplicación y consolidación en Colombia de fórmulas propias de la actualmente denominada “justicia transicional”⁹. Hoy en día, alrededor de la aplicación de la Ley de Justicia y Paz y como contrapeso de los beneficios que ella trae para criminales de lesa humanidad y criminales de guerra, se desarrollan numerosos mecanismos de dicha forma especial de “justicia” –que no es tan sólo jurídica, desde luego–, mecanismos que se ligán a la triada instalada hoy en el discurso y en la práctica: “verdad-justicia-reparación”.

Se agrega, finalmente, en esta introducción, que, además de los hechos señalados, tres ejes temáticos principales son desarrollados en el trabajo: las intervenciones del poder ejecutivo, no sólo en el momento de creación de la Ley de Justicia y Paz, sino en su propio desarrollo, y la presión que éste ejerce sobre el sistema judicial; el problema filosófico y práctico de cómo sería posible encajar la violencia masiva en un sistema de derecho, y el problema central de la corrupción política ligada a la actuación de actores comprometidos en la comisión masiva y sistemática de crímenes internacionales.

la tendencia jurisprudencial de la Sala Penal de la Corte Suprema respecto del tema del conflicto armado, durante las dos últimas décadas: *Civiles y conflicto armado en la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 79-111 (2ª. época, enero de 2007, Universidad Nacional de Educación a Distancia, UNED, Madrid).

9 En un texto muy importante sobre el tema y con referencias permanentes al caso colombiano, Kai Ambos utiliza mejor el concepto de “justicia en sociedades en transición”, para sociedades que se encuentran viviendo situaciones de conflicto o de post-conflicto. Aquella expresión está incluida en el concepto más genérico de “justicia de transición”. Kai Ambos, *El marco jurídico de la justicia de transición*, 2 (Temis, Bogotá, 2008).

I. MECANISMOS DE SUPERACIÓN DEL PASADO O PRESENTE CONFLICTIVO

A. LA DENOMINADA “LEY DE JUSTICIA Y PAZ” Y EL PAPEL DE LOS TRIBUNALES NACIONALES

La Ley de Justicia y Paz fue expedida en el mes de junio de 2005, y ello luego de intensos debates en el Congreso de la República y de la realización de varios intentos previos por parte del Ejecutivo, como en el caso del conocido “Proyecto de alternatividad penal” de 2003, con base en el cual la rebaja de penas y la sustitución de éstas por penas alternativas era total, y de los posteriores proyectos del Gobierno, todos modificados en especial como consecuencia de la presión internacional. Puede decirse, de manera general, que la Ley de Justicia y Paz es producto de una gran presión de la comunidad internacional para que ésta se ajustara a estándares internacionales mínimos y a presupuestos mínimos de verdad, justicia y reparación. Este componente no estaba explícito y era muy débil en los proyectos anteriores a la ley, de manera que ésta se tuvo que ir modificando a partir de intensos debates y sufrió una modificación –*modulación*, en términos del nuevo constitucionalismo– por la Corte Constitucional, que intervino radicalmente en ella. Se puede decir entonces y de manera sintética que la Ley de Justicia y Paz “*se encuentra dirigida fundamentalmente a establecer un procedimiento que permita la reincorporación a la sociedad y la reconciliación de los miembros de grupos armados al margen de la ley que hayan cometido delitos que no necesariamente deben ser políticos o conexos con éstos, siempre que medie una contribución efectiva a la consecución de la paz nacional y se garanticen los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación*”¹⁰.

Más tarde se han expedido numerosos decretos, muy criticados algunos de ellos por contrariar los presupuestos de la sentencia de la Corte Constitucional, y la aplicación de la ley se encuentra, hasta el

10 Hernando Barreto Ardila, *La Ley de Justicia y Paz frente a la Corte Penal Internacional*, en XXVII *Derecho Penal y Criminología, Memorias, XXVIII Jornadas Internacionales de Derecho Penal: Derecho Penal Supranacional*, No. 81, mayo-agosto, 55 (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006).

mes de julio, fecha límite para la redacción del presente trabajo, en una fase clave, que es la de las denominadas “versiones libres”, audiencias orales en las cuales los denominados “versionados”, paramilitares que se han sometido a la ley, confiesan o narran lo sucedido: se trata de jornadas, muchas de ellas extenuantes, en las cuales se le ha narrado al país lo más oscuro de una etapa horrenda de comisión sistemática de toda suerte de crímenes, de atentados contra los mínimos de dignidad de personas inocentes, de oscuras complicidades entre actores ilegales y toda clase de funcionarios, de colaboraciones con multinacionales o empresas extranjeras que estuvieron involucradas en los crímenes; en fin, en las versiones se ha constatado que se trató, por años, de una verdadera privatización del Estado en amplias regiones del país y de una sustitución del mismo por agentes privados y criminales.

Como se anotó al comienzo, la ley se aplica hoy a estas versiones, apenas están comenzando a producirse las primeras imputaciones y se espera que en el transcurso del año se pase a la etapa de juzgamiento o de actuación de los jueces. A partir del mes de enero de 2008 se ha comenzado a fortalecer más a la Fiscalía que, con cerca de 25 fiscales, que laboran en tres sedes principales, ha tenido que enfrentar un número de descomunal de hechos narrados, con jornadas de trabajo extenuantes y con presencia de las víctimas —en salas dispuestas aparte de la sala de audiencia— y enfrentando situaciones humanamente terribles de las víctimas frente los victimarios. Un solo versionado ha confesado más de cien delitos, uno solo ha confesado decenas de muertos, torturados, desaparecidos; se trata de un ejercicio inédito en la historia del país. Hoy en día, el número de fiscales se va a aumentar considerablemente. (También debe anotarse que actualmente algunos miembros de las guerrillas se han sometido al proceso de Justicia y Paz. Éste nació ligado al proceso de desmovilización y desarme de las autodefensas, pero su normatividad está ampliada en general a miembros de otras organizaciones como las guerrillas).

Hay que decir que, como antecedente de la misma ley y con efectos sobre la catalogación del carácter de los actores incurso en un proceso de paz, se expidió la denominada Ley de Indulto (Ley 782 de 2002), con base en la cual se permite la amnistía o indulto

a particulares pertenecientes a grupos armados, pero únicamente respecto de delitos políticos y conexos (concierto para delinquir simple, porte ilegal de armas, utilización ilegal de uniformes e insignias, instigación a delinquir). Se entenderá por qué, en este sentido, es tan importante la discusión en el país sobre el delito político: si su alcance llega hasta los grupos paramilitares, por vía directa, un número enorme de los mismos —entiéndase en principio los soldados rasos o llamados “patrulleros”— serían indultados. A ello se ha opuesto la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en decisiones que han generado enfrentamientos agrios con el poder ejecutivo¹¹.

Con la promulgación de las dos normatividades reseñadas se ha buscado, en principio y sobre todo en los capítulos sobre verdad, justicia y reparación, dar cumplimiento a los estándares internacionales en materia de justicia transicional. En este sentido, se intenta, por ejemplo, adelantar tipos de reparación que van más allá de la simple reparación indemnizatoria, y buscan incluir reparaciones de orden simbólico, restaurativo, de rehabilitación, de satisfacción y el establecimiento de garantías de no repetición.

Debido a la gravedad de los delitos cobijados por la ley, es claro que el Estado, en cumplimiento de los estándares propios en materia de verdad, justicia y reparación, está en la obligación y tiene el derecho de investigar los hechos y crímenes cometidos por los grupos armados al margen de la ley, a la vez que está obligado a sancionar a aquellos culpables por los mismos y buscar la eficaz reparación de las víctimas. Es por ello que, como justificación, se ha dicho: “Los beneficios otorgados a los miembros de las Autodefensas son razonables, mínimos en relación al beneficio logrado por la institucionalidad democrática con el desmonte de estas maquinarias de muerte, y plenamente justificables en el marco del proceso de paz”¹².

11 La providencia más significativa al respecto es aquella con radicado 26945 del 11 de julio de 2007, MM.PP.: Yesid Ramírez y Julio Socha Salamanca.

12 Alto Comisionado para la Paz, *Balance de un proceso*, en *Simposio de evaluación y balance: Dos años de la Ley de Justicia y Paz* (Universidad Santo Tomás, 25 de julio de 2007).

B. EXTRADICIÓN Y LEY DE JUSTICIA Y PAZ: EL DERECHO ES ABSORBIDO POR LA POLÍTICA

En el mes de abril de 2008 tuvo lugar un hecho muy importante que refleja los mayores dilemas que surgen de la aplicación práctica de la Ley de Justicia y Paz. Uno de los jefes paramilitares, que se dice comandó en su momento un ejército de más de seis mil hombres, y que desde un principio generó serias dudas acerca de su acatamiento de las condiciones mínimas de la ley, fue hallado responsable, según el poder ejecutivo, de seguir delinquiendo desde la cárcel y, sobre todo, de seguir traficando con drogas, hecho que desde un principio fue denunciado por la comunidad jurídica. Así, y agotando todas las instancias previstas, se ordenó su extradición a los Estados Unidos.

Debe aclararse que el tema de la extradición ha sido desde el principio un tema muy crítico en relación con el proceso de desmovilización de las autodefensas o grupos paramilitares. En Colombia, al momento final de la extradición, luego de un concepto de la Sala Penal de la Corte Suprema, que no es obligatorio, corresponde al poder ejecutivo, con plena discreción, decidir si se extradita o no a una persona. De hecho, bajo el Gobierno actual se han extraditado cientos de personas a Estados Unidos, siendo éste un tema crítico, pues el Ejecutivo ha tenido en sus manos el poder de extraditar a los desmovilizados solicitados por Estados Unidos y les ha indicado que deben asumir con seriedad el proceso de Justicia y Paz o, de lo contrario, serán extraditados; éste es entonces el caso del desmovilizado jefe paramilitar nombrado con el alias de “Macaco”.

Esta decisión del Ejecutivo abrió una discusión muy interesante que se relaciona directamente con nuestro tema. No bien se anunció la decisión, surgió la gran pregunta acerca de los derechos de las víctimas ligadas a los hechos generados por el paramilitar. Se cuestionó inmediatamente el hecho de que si este jefe fuese enviado a Estados Unidos, toda su confesión quedaría truncada, las víctimas no conocería la verdad de miles de hechos ocurridos y respecto de muchos de los cuales en las versiones libres ya

adelantadas dicho jefe había prometido dar cuenta y ofrecer información. Se cuestionó, además, el hecho de que las víctimas no serían reparadas efectivamente, ya que el jefe iría a afrontar otros procesos en América del Norte y quedaría interrumpido para siempre el proceso de justicia y paz. Esta reacción inicial, comandada por organizaciones de víctimas, ha sido apoyada por los operadores de la justicia en el país. Así, la más importante decisión al respecto fue la tomada, respecto de otro caso similar de solicitud de extradición, por la Sala Penal de la Corte Suprema, en audiencia pública del 10 de abril de 2008.

En este caso y siendo en este momento una posición de la Sala Penal, los magistrados dispusieron que antes de que un sujeto de la Ley de Justicia y Paz fuera extraditado, incluso después de su concepto favorable, tenía que cumplir con los compromisos adquiridos y someterse efectivamente a la mencionada ley. La Sala, además, al abocar el estudio del caso, introdujo todo su fundamento en función de la justicia transicional. Así, en consecuencia, dispuso que antes que el cumplimiento de un tratado, más ligado a delitos de narcotráfico, debían prevalecer los derechos de las víctimas, textualmente, el derecho a la verdad –o a la información, tal como lo ha expuesto lúcidamente Daniel Pastor– y el derecho a la reparación¹³.

Es una decisión que tiene lugar por primera vez en la historia del país y que ha sido jalonada por la Ley de Justicia y Paz y por el contexto transicional en el cual ella es concebida por las instituciones. Según los magistrados, deben prevalecer los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, sobre la extradición en función del delito de narcotráfico. Es decir, y de acuerdo con el tema que nos ocupa, se puede decir que la tensión entre narcotráfico –y Estados Unidos detrás de ello– y los crímenes

13 En una idea muy estimulante la de Daniel Pastor, cuando hace referencia a la necesidad de relativizar, por las consecuencias de un manejo arbitrario y acomodado a intereses políticos de la noción de verdad, el denominado derecho a la verdad y de hacer referencia, mejor, a un derecho a la información. Cfr., al respecto, *¿Procesos penales sólo para conocer la verdad? La experiencia argentina*, en *Jueces para la Democracia*, No. 59, 95 y ss. (julio de 2007).

internacionales se resuelve en este caso a favor de la persecución penal de crímenes internacionales. De esta forma, una magistrada, que por vía de un recurso de amparo inicialmente quiso proteger los derechos de las víctimas, indicó: “*No se entienden los motivos por los cuales el ejecutivo da prelación a la investigación de un delito de narcotráfico, cuando nada se ha hecho para investigar y sancionar los graves hechos cometidos por años en nuestro país*”¹⁴.

La respuesta del Ejecutivo no se hizo esperar: reprochó al sistema judicial esta decisión y fue adelantando las bases para un decreto reglamentario que le diera la posibilidad de excluir directamente a un desmovilizado de la Ley de Justicia y Paz y de arrebatárselo, por decirlo así, al sistema judicial. En efecto, uno de los temas más interesantes relacionados con la aplicación de la citada ley es el tema de la exclusión de un sujeto del proceso de Justicia y Paz. Sobre todo, el tema de la exclusión por reincidencia, es decir, por comisión de delitos durante el proceso de Justicia y Paz. Así, el Gobierno pasa un listado de quienes se someten a la ley, de modo que desde el principio interviene de manera muy marcada en la evaluación de los requisitos de elegibilidad; pero, una vez el desmovilizado entra al proceso de Justicia y Paz, ya le “pertenece”, por decirlo así, al sistema judicial: a la Fiscalía y a los magistrados de Justicia y Paz. Esto quiere decir que el Gobierno no puede excluir directamente a un sujeto de la Ley de Justicia y Paz. Debe hacerlo la Fiscalía, previa solicitud del juez competente.

1. LAS JUGADAS POLÍTICAS CONTRA EL DERECHO Y CONTRA LAS EXPECTATIVAS SOCIALES

No obstante todo lo anterior, en el mes de mayo de 2008 se produjo un hecho absolutamente sorpresivo y que ha puesto al Gobierno en la situación más comprometedora y más compleja en cuanto al acatamiento de las reglas de juego que él mismo ha establecido en relación con la aplicación de la Ley de Justicia y Paz.

14 Reseña de apartes de la decisión en *El Tiempo*, 22 de abril de 2008.

En efecto, el día martes 13 de mayo el país entero amaneció sorprendido con la noticia de que el Ejecutivo, sin anunciar nada y tal como lo ha hecho en diversas ocasiones, casi clandestinamente, extraditó a Estados Unidos a 13 jefes paramilitares, a los más importantes y a un narcotraficante raso. Varias cuestiones importantes pueden ser reseñadas en este caso. La primera, que la semana anterior al hecho el Gobierno dictó un decreto reglamentario, contrario a aquello que ha sido la lógica con la que se ha actuado en Justicia y Paz, que le daba facultades para retirar a un sujeto de la Ley de Justicia y Paz. Es un decreto que se encuentra amparado por una presunción de legalidad, independientemente de que está viciado de ilegalidad, y con base en él fueron extraditados los jefes paramilitares (sin importar el destino del decreto, estos jefes ya no serán devueltos del país del Norte). Se discute hoy el hecho de que con el decreto no se *excluye* directamente a la persona, sino que se la *retira* del listado inicial de portadores del beneficio posible, por no cumplir con las condiciones de la ley; pero esto es en realidad un juego de palabras. En la práctica, el Ejecutivo sí excluyó a los paramilitares y lo seguirá haciendo *de facto*, según sus propias declaraciones.

Como consecuencia de lo anterior, queda en vilo la posibilidad de que los jefes paramilitares sigan diciendo la verdad en y ante el país, sigan informando sobre fosas comunes, comunicando a las víctimas dónde están sus familiares. Ciertamente, más allá de que algunos pudieran seguir delinquiendo, los procesos en Colombia se van a cerrar. Y una de las cosas más graves y que puede dar luces sobre la “jugada” política del Gobierno es que estos jefes fueron los que iniciaron el denominado “escándalo de la parapolítica”, en la medida en que ellos revelaron las conexiones entre políticos y paramilitares. Así, la Sala Penal de la Corte Suprema se queda ahora sin testigos de excepción para seguir investigando a los políticos que, como la comunidad internacional sabe, en su mayoría están ligados al presidente Uribe directamente, es decir, hacen parte de las coaliciones uribistas. Habría que ver con quiénes más la Corte puede contar como testigos, ya que realmente los jefes paramilitares eran los que más información tenían.

2. ¿ES POSIBLE APLICAR EL PROCESO DE JUSTICIA Y PAZ EN LA DISTANCIA?

En relación con la imposible persecución final de crímenes internacionales ligados a los jefes, se ha dicho que el Gobierno colombiano habría negociado con el embajador norteamericano para que los bienes de los paramilitares extraditados sean remitidos en todo caso a Colombia y que los jefes puedan ser eventualmente juzgados en ese país también por delitos de lesa humanidad. Pero esto no ha sucedido nunca antes, y debe tenerse en cuenta que los jueces norteamericanos son independientes y no pueden ser obligados a nada distinto de lo que ellos consideren que les corresponde hacer. Además, se trata, apenas, de una “sugerencia”. (Ya se ha criticado en Colombia el hecho, p. ej., de que las multas, ordenadas contra empresas multinacionales norteamericanas por patrocinar directamente grupos paramilitares, no han sido pagadas a la sociedad colombiana, sino que se han quedado en el país del Norte). En cualquier caso, en la formulación de cargos que ya se han hecho a los extraditados en Estados Unidos, por ninguna parte aparecen cargos ligados a crímenes internacionales. Debe agregarse, en este informe, que los fiscales colombianos intentarán viajar a Estados Unidos y allí continuar con las versiones de los paramilitares. No obstante, el propio Fiscal General ha dicho que se trata de un proceso complejo, lleno de dificultades técnicas y de todo tipo. Pero para la Fiscalía, los extraditados siguen vinculados a la distancia al proceso de Justicia y Paz.

Las víctimas han dicho que no habrá ni verdad, ni justicia, ni reparación. El Gobierno, por su parte, ha afirmado que se trata de un “castigo ejemplar” para narcotraficantes. Pero el presidente sabía que lo eran y, en efecto, las autodefensas, como las guerrillas, actúan con el combustible del narcotráfico. Además, y de hecho esto ha sido denunciado por numerosos analistas, desde hace meses el Gobierno sabía de la continuación en la comisión de delitos de varios de los jefes paramilitares. Por eso la pregunta ha sido: ¿por qué tan sólo ahora se reacciona de esta manera? ¿Cuál es la coyuntura que ha propiciado esto? Un hecho cierto surge

de esta pregunta: en la guerra, es la decisión política acerca del carácter del enemigo la que prima; el enemigo es el que la decisión política establece, independientemente de sus actos y en razón a las circunstancias políticas.

C. LOS LÍMITES DEL DERECHO EN ESCENARIOS DE EXTREMA CONFLICTIVIDAD

1. ¿SE PUEDE INCORPORAR LA VIOLENCIA MASIVA Y DEGRADADA AL LENGUAJE CIVIL DEL DERECHO?

Pero más allá de lo narrado, que tiene que ver con las argucias y las pequeñeces de juegos políticos de gobernantes, es necesario pensar el problema de cualquier transición posible, de cualquier opción de persecución penal de crímenes internacionales, en el contexto más general de las posibilidades que tiene el derecho mismo frente a situaciones de conflicto tan generalizadas y degradadas. Para ello, el autor se va a servir de una reflexión iniciada por Walter Benjamin en el siglo pasado. Se aclara, además, que esta reflexión que se inicia, acompaña, necesariamente, toda la narración posterior del informe.

Debe iniciarse la reflexión con una aclaración: es preciso tener en cuenta aspectos que no son propios de uno u otro sistema normativo, sino que corresponden o se relacionan con el derecho como totalidad, con el derecho pensado no con relación a éste u otro fin, sino pensado como totalidad.

2. LA “VIOLENCIA PURA” Y SUS RELACIONES CON EL DERECHO

Como se ha dicho, con aportes conceptuales de Walter Benjamin y, además, de Carl Schmitt es posible acompañar esta reflexión que, desde luego, apenas se puede esbozar aquí, pero que el autor ya ha trabajado de manera detallada en otros escritos¹⁵. Para Benjamin, en un texto fundamental de 1921, titulado “Para una crítica de la

15 *Guerra y derecho penal de enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*, cap. III, A, y, sobre el decisionismo de Carl Schmitt, cap. I, A, III (Bogotá, 2006).

violencia” y en el cual analiza, entre otros diversos y complejos temas, las relaciones entre el derecho y la violencia, existe una “violencia pura” que está situada por fuera del derecho. (Este texto fue leído, según lo constatan hoy filólogos y autores en general, y contestado probablemente, aunque en forma críptica, por Carl Schmitt). Esta forma de violencia es llamada también por Benjamin “violencia divina”, en contraposición a la “violencia mítica”, que está directamente relacionada con lo jurídico. Así, “*la violencia mítica es violencia sangrienta sobre la vida desnuda en nombre de la violencia; la pura violencia divina es violencia sobre toda vida en nombre de lo viviente. La primera exige sacrificios, la segunda los adopta*”. Por eso y además, esta violencia, “*cae por fuera del derecho*”¹⁶.

Existe, además, en las relaciones entre derecho y violencia, una violencia fundante del derecho (*rechtssetzende Gewalt*) y una violencia que sostiene o que mantiene el derecho (*rechtserhaltende Gewalt*). No obstante y adentrándose en las penumbras del texto (alusión que no tiene desde luego un sentido peyorativo, sino que resalta el hecho de que Benjamin dice más desde la penumbra de las entrelíneas que en las frases concretas), hay una violencia, pura –con este nombre debe resaltarse este tipo de violencia primaria, primitiva–, que estaría por fuera del derecho. Con mucha lucidez, Agamben se refiere, con esta alusión de la *reine Gewalt* (violencia pura), a una “zona anómica” presente en las comunidades humanas¹⁷. La pregunta es, en consecuencia, ¿qué se hace con dicha zona anómica?, ¿puede el derecho absolverla siquiera mínimamente?

Aquella violencia primitiva, latente, amenazante, hace que en las relaciones entre derecho y violencia aparezca una zona gris,

16 Walter Benjamin, *Zur Kritik der Gewalt*, en Benjamin, *Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze*, 6 (Suhrkamp, Frankfurt, 1965).

17 Con datos históricos, Agamben reconstruye, aunque brevemente, la imbricación –no siempre explícita, pero clara en algunas citas epistolares de Carl Schmitt– entre Benjamin y Schmitt en torno de este problema de qué hacer con aquella violencia primaria y latente socialmente. Giorgio Agamben, *Stato di eccezione*, 68-70 (Bollati, Torino, 2004).

oscura, una especie de “indecibilidad”, como lo concibe el autor italiano. En ello, además, hay una coincidencia con aportes notables a la discusión planteada por Benjamin, del filósofo francés Jacques Derrida¹⁸.

Es aquí donde se presenta una disputa entre Schmitt y Benjamin: mientras que el primero busca conservar en el derecho, a través del estado de excepción y de la decisión que sobre él se toma, esta violencia, esta zona anómica amenazante, en Benjamin parecería que dicha violencia conserva su estatuto por fuera del derecho; allí se hace indecible, allí yace ella por fuera del derecho. En la magistral consecuencia que extrae Benjamin al final de su ensayo, aunque se está ocupando más de la amenaza que de la violencia que se necesita para preservar el derecho, representa para el derecho mismo, hay algo de esta indecibilidad e incapacidad del derecho para abordar la violencia pura: hay algo que “*está podrido en el derecho*”, dice Benjamin; el derecho, todo derecho, en su acción de resolver la violencia en su seno, no sólo no lo logra, sino que puede y logra reproducirla con mayor vehemencia. (La sociología criminal, desde mitad del siglo XX, se ocupará de este problema). Así, mientras que, para Schmitt, en el estado de excepción se da el esfuerzo por incorporar la violencia pura al derecho, en Benjamin ésta aparece por fuera del derecho. Es en la disputa por la zona anómica que se enfrentan las dos posibilidades o, mejor, una sola, que es la de Carl Schmitt¹⁹.

Benjamin, asentado en un escepticismo lúcido y casi metafísico, concibe, frente al hecho de que la violencia pura sea destructiva, lo siguiente: “En este sentido es lícito llamar destructiva a tal violencia; pero lo es sólo relativamente, en relación con los bienes, con el derecho, con la vida y similares, y nunca absolutamente en relación con el espíritu de lo viviente”²⁰. La lucidez consiste

18 Jacques Derrida, en un texto extraordinario, se debate paso a paso con Walter Benjamin a partir de su texto sobre la violencia. El texto se intitula *Gesetzskraft. Die mystische Grund der Autorität* (Frankfurt am Main, 1991).

19 La secuencia argumentativa de Schmitt se puede observar en su *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität* (Berlin, 1993).

20 Walter Benjamin, *Zur Kritik der Gewalt*: en Benjamin, *Zur Kritik der Gewalt*

en observar, implacablemente, que la violencia pura, la violencia desnuda, es connatural; pertenece al espíritu mismo de todo lo que vive, se confunde con él y está más allá de éste o aquél otro bien que sea por violencia eventualmente destruido. De aquí se deriva una de las conclusiones más lúcidas que en torno del papel social de la violencia se hayan escrito: “*La violencia divina, que es insignia y sello, nunca instrumento de sacra ejecución, es la violencia que gobierna*”²¹.

3. LA “VIOLENCIA PURA” Y LA BANALIZACIÓN DEL MAL

Si retomamos el caso colombiano podríamos continuar subrayando lo siguiente: las narraciones de los llamados “versionados” de Justicia y Paz, muchas veces enredadas en detalles cínicos y rodeadas de contextos prosaicos donde las muertes por decenas se suman en un ejercicio propio de *banalización del mal*, para citar a Hannah Arendt, corresponden a esa violencia pura, a esa violencia masiva, primitiva, situada por principio por fuera de un lenguaje civil, por fuera de un lenguaje con pretensiones de racionalidad como es el lenguaje jurídico. Es una violencia que cubre una inmensa zona anómica, una inmensa zona gris, y ante la cual la pregunta es, siguiendo a nuestros dos autores enfrentados, si es posible o no integrarla al derecho; en el contexto en que se mueve este informe, el interrogante es: ¿puede el derecho, no sólo y desde luego el mero derecho penal, abordar, en ejercicios de transición, esta violencia que tiene lugar como acción humana desenfrenada, masiva, permanente, “pura” en el sentido más primitivo, y colocarla en las fronteras del derecho? ¿Puede reconducirla? ¿Puede

und andere Aufsätze, 60 (Suhrkamp, Frankfurt, 1965).

21 La violencia divina, es decir, la “violencia pura”, es insignia y sello, en la medida en que es inherente a la condición humana misma, es previa a toda regulación, no es instrumento; en ella no interviene el derecho para regularla, para juzgarla, es el “espíritu de lo viviente”. Por eso, gobierna. No es casual que el autor de este informe haga más adelante alusión a Schopenhauer. Ahondando en lo críptico del texto de Benjamin, se puede encontrar en él ese pesimismo o escepticismo de la voluntad incesante como esencia de todo lo viviente.

trabajarla en función de una paz o de una seguridad futura, libre de su amenaza?

4. ¿PUEDE EL ESTADO DE EXCEPCIÓN CAPTAR LA VIOLENCIA MÁS PRIMITIVA?

Si volvemos a Schmitt, en la emergencia, en el estado de excepción, una violencia tal podría ser reconducida al derecho. (Hay que anotar que Carl Schmitt está pensando en el verdadero caos, en aquel que no da sentido al derecho, en aquél cercano a toda negación del derecho y no, ni mucho menos, en cualquier emergencia que pueda ser abordada con medios policivos o administrativos). De esta forma, siendo la Ley de Justicia y Paz y los mecanismos derivados de ella una ley paralela, excepcional, independientemente de que no haya sido expedida en virtud de la excepción, podría pensarse que la ley y dichos mecanismos, que hoy deben ser concebidos más en la lógica de las políticas públicas, que de auténticas reparaciones a las víctimas, de su integración real a la sociedad hostil a ella, puede ser una gran máquina de asimilación de dicha violencia. En la decisión sobre la Ley de Justicia y Paz yacería la forma en la cual la violencia pura del paramilitarismo entraría en el derecho. Pero, si se piensa más con Benjamin, el derecho, todo derecho, no puede en su seno albergar una violencia de este tipo; la misma está más allá del derecho, es indecible –la indecibilidad puede expresar, de alguna forma, el *carácter divino* que Benjamin le asigna a la violencia pura– para él mismo, para su racionalidad precaria. La zona anómica es, por esencia, una zona en la cual “se sitúa la acción humana por fuera de la norma jurídica”²².

Si ello es así, todo el andamiaje creado en Colombia inevitablemente llegaría a un fracaso, incluso si éste se da por partes o no se expresa necesariamente en un colapso institucional o social (en el país todas las crisis se superan por principio: hay modos en que socialmente siempre se estabilizan expectativas mínimas. La pregunta será siempre la misma: ¿por cuánto tiempo? Incluso en relación con

22 Agamben, ob. cit., 78.

una paraestatalidad y pensado con Luhmann, se podría preguntar: ¿puede ser el terror una forma de estabilización de expectativas sociales y cuánto puede ello durar?).

Cuando se observa a un solo jefe paramilitar narrando cientos de crímenes, frente a funcionarios que valientemente toman nota de ello, cuando se observa no sólo la crudeza de la acción humana por fuera del derecho, sino lo masivo y constante de tales acciones, si se observa que un solo hecho narrado se desgrana en cientos de ellos, y todo esto reconducido al lenguaje limitado del derecho penal y a la acción limitada de la justicia penal, la sensación es de impotencia real; se trata, en la práctica, de un aparato de justicia que debe investigar y juzgar a un paraestado completo, miles de acciones cometidas contra todo derecho, por actores ligados a dinámicas paraestatales masivas.

Es una impotencia, desde luego, compensada con un esfuerzo inusitado de los operadores de la justicia colombiana y de ciertas autoridades administrativas que desean llevar a cabo un proceso de reparación y compensación moral de las víctimas. Quedaría, no obstante, una reflexión que es necesaria: si el derecho penal y todo el orden jurídico es, por esencia, limitado para dar cuenta de semejante violencia endémica, es posible abrir un marco de expectativas mínimas, expresadas en auténticos pactos sociales renovados, en verdaderos pactos fundacionales, casi de un nuevo o nuevos derechos, de un auténtico ejercicio social de reconstrucción profunda de bases mínimas de convivencia. De otra manera, es imposible.

Pero el panorama no es muy alentador. Un solo ejemplo: un Congreso de la República absolutamente ilegítimo, cooptado en un porcentaje tan alto por grupos ilegales ligados a esta lógica de violencia endémica y que durante el mes de abril ha discutido sobre una posible reforma que no es sustancial, que parece pervivir en privilegios de corruptela, no parece brindar muchas esperanzas: es uno de los focos donde se entraba cualquier expectativa de justicia transicional y donde no se ve ninguna acción seria de renovación institucional. Es este uno de los grandes focos donde subsiste cobardemente la violencia derivada de la gran corrupción que todos debemos pagar y mantener; ésta es otra violencia endémica que se reproduce en zonas anómicas sin esperanza. En todo caso, la idea de nuevos pactos, de alianzas

verdaderas, es una pequeña apuesta frente al escepticismo natural y con bases estructurales que acompaña el proceso colombiano. Una vez se ha hecho este planteamiento de fondo, que necesariamente acompaña a toda la reflexión, se continuará con el análisis de aspectos centrales en una lógica transicional.

II. RECUPERACIÓN DE LAS VÍCTIMAS PARA LA SOCIEDAD Y EL DERECHO

Un aspecto central para nuestro discurso es el tema de las víctimas. Como se ha dicho, hoy se han ideado numerosos mecanismos que tienden o buscan la reparación no sólo económica, sino moral y simbólica de las víctimas. Pero más allá de todo lo relacionado con las reparaciones, que deben ser integrales, con efectos simbólicos claros, con auténticos gestos de reconocimiento del carácter de las víctimas y de los hechos cometidos contra ellas y sus seres queridos, una pregunta es fundamental en el contexto de cualquier opción de transición y de reconciliación, y se relaciona con la *recuperación* de las víctimas para el derecho y la sociedad: ¿cómo hacer para convertir a las víctimas en ciudadanos?, ¿cómo construir confianza entre el Estado y sus instituciones y los ciudadanos?²³.

Siempre ha existido un énfasis en la tarea de las instituciones, mediada además por la tensión expuesta por Max Weber entre una *ética de convicción* y una *ética política de responsabilidad*, de neutralizar y desmovilizar máquinas de guerra y actores que han azotado durante años enormes territorios y que han sometido a sus gentes a toda clase de vejámenes y atrocidades²⁴; siempre el énfasis

23 Paul Seils, autor activo en el tema, en el contexto del congreso sobre “El papel de los tribunales en contextos de justicia transicional. Oportunidades y desafíos en la región iberoamericana”, subrayó, como propósito central para todo mecanismo de justicia transicional, la necesidad de construir o reconstruir confianza entre el Estado y los ciudadanos. Ello coincide con la noción de ciudadanía relacionada con la condición de víctima, aquí subrayada: el Estado es ajeno a las personas y cuando interviene, lo hace de manera arbitraria o caótica, y éste es un hecho, propio de la organización paraestatal de la autoridad, que es necesario evitar.

24 Sobre ello, en Weber, cfr.: *Der Beruf zur Politik*, en *Soziologie, Universal-geschichtliche Analysen, Politik* (Stuttgart, 1973) y el texto clásico: *Politik als Beruf* (Duncker und Humblot, Berlin, 1990).

ha estado ligado a las políticas institucionales de desmovilización, de amnistías, de acuerdos de paz que son, además, centrales en el proceso mismo de búsqueda de la paz como condición fáctica para el funcionamiento del derecho. Pero, como se dice, ¿cómo recuperar a las víctimas o como integrarlas al derecho y a la condición social de ciudadanos? En una conversación del autor de este escrito con una madre, víctima por excelencia del conflicto armado interno de Colombia y de la violencia de los grupos irregulares, ella decía: *“Como ciudadana, debo aceptar las leyes y esta Ley de Justicia y Paz, debo perdonar incluso si es el caso, pero como madre no lo haré jamás”*.

No se puede obligar al perdón, es este un gesto humano de benevolencia que está radicado en el fuero interno; pero, a la madre como ciudadana hay que recuperarla, y la pregunta es por las fronteras entre lo interno y lo externo: ¿en qué momento el fuero interno y sus actitudes se exteriorizan en acciones vindicativas? ¿En qué momento la madre y los hijos que le quedaron vuelven al circuito de la venganza interminable? Los equilibrios son en extremo precarios. Por eso, el tema no es el hecho frío de reparaciones económicas, se trata de reconstrucción auténtica de tejidos sociales destruidos o de hecho nunca inexistentes, de la creación de un principio mínimo de confianza como condición elemental para el funcionamiento del derecho, de auténtica solidaridad frente al dolor de los otros que debe ser el propio.

La ética de un escéptico puede ser en este caso ilustrativa. Es el caso de Schopenhauer, con su bella concepción del *mMitleiden* que no es la mera compasión —muy marcada en el lenguaje castellano por la tradición católica—, sino un ejercicio auténtico de “sufrir con el otro”, de reconocer que el otro está hecho de la misma materia, del mismo fuego incesante y que, por lo tanto, el dolor del otro necesariamente es el propio, pues coincide en la base y sustancia de la que todos estamos hechos. Ello parecería ingenuo cuando se oyen las narraciones sobre la manera como se ha matado y ultrajado durante años, pero el punto de partida es justamente el espectáculo siniestro del horror, es el dolor que a todos amenaza y por eso la solidaridad en estos términos no es apenas discursiva, hipócrita o se diluye en

pura retórica: la noción de humanidad, con la que tanto se trabaja en función de la *lesa humanidad*, es una construcción normativa, discursiva; en cambio, una ética del sufrimiento compartido es una base incluso irracional previa a construcciones normativas. El tema de la justicia de transición pactada es apenas un término técnico; desde el punto de vista humano, nada funcionará sin pactos, sin nuevas alianzas, sin una auténtica solidaridad como base previa a toda decisión política o jurídica²⁵.

No se trata de falsas promesas, basadas en supuestos estatutos de víctimas que irían, en el proceso penal, contra el sindicado, ni se trata de flexibilizar y hasta de acabar con los principios fundamentales del derecho penal como la legalidad, la prohibición de retroactividad, el hecho de convertir todo en imprescriptible, de convertir toda suerte de delitos por vía de extrañas conexidades en delitos de lesa humanidad, no se trata de crear falsos tipos penales o de acomodar como sea los existentes para cuadrar conductas y castigar sin sentido a nombre de la víctima; se trata es de recuperar a las víctimas para el derecho, de construir auténtica confianza de ellas en los sistemas jurídicos que les han sido adversos y en las instituciones estatales que no sólo han sido contingentes, sino contrarias a las víctimas por excelencia.

No obstante lo anterior, el panorama parece desolador. Sobre todo, a partir de sucesos ocurridos en el mes de mayo, ya narrados en relación con la extradición y de sucesos que han sido reportados incluso por entidades estatales. Por ejemplo, existe información que da cuenta de la incapacidad, hasta hoy, de la Ley de Justicia y Paz para repararlas. En la tercera semana del mes de abril de 2008, un senador de la República promovió un debate muy documentado sobre los resultados de la ley en tres años, y las conclusiones del mismo son desalentadoras: según el congresista, con documentos que lo sustentan, el número de víctimas

25 El siempre recordado Alessandro Baratta en los últimos años de su vida estaba trabajando en la idea de la *alianza*, antes que en la de *pacto social* convencional que, para su juicio, estaba desgastado en la cultura de Occidente y que, en todo caso, representaba en la práctica un pacto de exclusión. Un autor base de esta reflexión y sobre el cual discurrieron discusiones alentadoras con Baratta, fue Paul Ricoeur y su visión de la alianza en el bello texto *Finitud y Culpabilidad*.

registradas es de 125.368, pero sólo 8.634 han asistido a las versiones libres, hay 68 defensores públicos para todo ese número, es decir, 815 víctimas por defensor; además, sólo 12 psicólogos por el número total de víctimas –cuestión que compromete más al Ejecutivo que al mismo sistema judicial en cuanto a recursos–, es decir, un número de 10.447 víctimas por psicólogo. Pero lo más complejo y que ha permitido a la comunidad jurídica, y no sólo a las ONGs, sino en general, ser profundamente escépticas frente al proceso, es el hecho del manejo de los bienes para la reparación.

En este punto, el debate en el Congreso fue contundente y se concluyó cuanto sigue, como lo registra un medio muy serio que recogió la sustancia del debate: “Hasta ahora hay \$9.000 millones (4.5 millones de dólares), en el Fondo de Reparación. Es decir, si el gobierno va a hacer una reparación por vía administrativa, que oscila entre 13 y 18 millones de pesos por persona, el dinero saldrá necesariamente del fisco nacional y no de las inmensas fortunas de los paramilitares”²⁶. Existen toda clase de problemas relacionados con los bienes, por ejemplo, se requiere que éstos se encuentren saneados, es decir, que no tenga problemas de hipotecas, etc. Pero la administración de justicia recibe bienes llenos de problemas, que deben pagar deudas, que pertenecen a otras personas, etc.

En última instancia, con los bienes con que se cuenta en principio en este momento y frente al número de víctimas, si hoy se dividieran los recursos, a cada víctima le correspondería un total de 4 dólares, lo cual es desde luego absurdo. Para la segunda mitad del mes de mayo y luego de la extradición de los jefes paramilitares, asombra el hecho de que hay propiedades que están siendo allanadas por las autoridades judiciales y que, se dice, serán sujetas a procesos de extinción de dominio. Sólo en ese momento se reaccionó. Habrá que ver qué sucede hacia el futuro con estos bienes, si se otorgarán realmente a las víctimas, si no quedan en manos de testaferros, si no se pierden en manos privadas o si son recuperadas en todo caso por los actores armados o por los corruptos que andan por doquier. Las

26 *Justicia y Paz. Las que pierden siempre*, en Revista *Semana*, 21-28 de abril de 2008. 45.

conclusiones que se han adelantado extraído en los meses críticos de abril y mayo de 2008 deben servir para reprogramar hechos, para reconducir actuaciones, para que todas las instituciones adelanten lo de su competencia. Se concluye, en efecto, que “no se necesita una bola de cristal para darse cuenta de que las perdedoras en esta historia serán las mismas de siempre: las víctimas”²⁷.

III. SUBVERSIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS E ILEGITIMIDAD DEL CONGRESO

Otro aspecto especialmente problemático, relacionado con los mecanismos de justicia transicional, en este caso, con mecanismos de depuración de instituciones estatales ligadas a políticas generalizadas de violación de derechos humanos, o de exclusión del escenario político de funcionarios públicos ligados a dichas violaciones, es el de la denominada “parapolítica”. Con este nombre se conoce en el país el caso generalizado de la vinculación de políticos al paramilitarismo. Hasta el mes de julio de 2008, son más de 70 los congresistas investigados y algunos ya sancionados por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Una mayoría de ellos está ligada al actual presidente de la República, siendo lo más escandaloso el hecho de que un primo del mismo también haya sido capturado y esté siendo investigado por la Sala Penal de la Corte, por sus vínculos con grupos paramilitares. La Sala Penal está investigando no sólo los vínculos, sino el posible aprovechamiento de los mismos, para obtener ventajas políticas de toda clase; algunos políticos, además, se encuentran investigados por la participación en crímenes atroces de enemigos políticos y en toda suerte de acciones criminales.

Si, con Niklas Luhmann, es dable decir que las decisiones en el Estado moderno sólo se pueden legitimar a través de los procedimientos, si no hay verdades previas y, por ello, la decisión procedimental constituye la verdad de la decisión misma, entonces, si el 40% o más de un Congreso de la República está ligado de una

27 Ibid., 45.

u otra manera a grupos paramilitares, y muchos de sus congresistas ya han sido hallados responsables por el sistema de justicia penal, se trata de un Congreso ilegítimo, cooptado en un gran porcentaje por actores ilegales los violentos, y la pregunta entonces es: ¿qué legitimidad tienen las decisiones adelantadas en procedimientos aquejados por semejante ilegalidad?²⁸. Se trata de una crisis profunda, y las respuestas de una gran mayoría de congresistas han sido superficiales y cínicas; o sea, no hay realmente voluntad política para acabar con todos los privilegios de la corruptela, de la ilegalidad; en todo caso, la reacción por no perder dichos privilegios es muy grande.

El problema es de cualquier forma más profundo: se trata de aquello que bien puede llamarse, con Von Trotha, “la forma de organización paraestatal de la violencia”, concebida como autoridad. Es decir, de una auténtica forma paraestatal de dominio territorial, de ejercicio de autoridad, de administración de recursos, de recaudo de impuestos²⁹.

28 El texto de Luhmann al cual se hace referencia es bien ilustrativo: *Legitimation durch Verfahren (Legitimación a través de procedimientos)* (Frankfurt am Main, 1983).

29 Trutz von Trotha, *Ordnungsformen der Gewalt oder Aussichten auf das Ende des staatlichen Gewaltmonopols*, en *Politische Institutionen im Wandel, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, 130 (Brigitta Nedelmann, Thomas von Koepf, ed., 1997). El sociólogo utiliza cuatro criterios para analizar la paraestatalidad dentro del marco de la crisis de la noción occidental de monopolización estatal del ejercicio de la violencia: el papel de la violencia en la administración y en la política, la “domesticación jurídica o normativa del poder central”, la “cultura de la violencia” y el grado de urbanización de las sociedades. Todos estos criterios confluyen en el caso colombiano: ha existido un papel preponderante de la “*reine Gewalt*” (la violencia pura), para hablar de nuevo con Benjamin, una precaria o casi nula, en enormes territorios, “domesticación” de la violencia, una urbanización caótica en diversas ciudades y una generalización del paradigma del recurso a la violencia para la solución de todo tipo de conflictos. El autor de este informe, no obstante, no está de acuerdo con algunos autores que se refieren a la “cultura de la violencia” en el país y a su generalización; prefiere, mejor, hacer referencia a la generalización del paradigma de la autodefensa, de la autoprotección: ante la precariedad de la presencia estatal, o ante su presencia caótica, desinstitucionalizada, las gentes se habilitan a sí mismas en un ejercicio incesante de autodefensa, de autoprotección, y ceden su protección a actores armados ilegales.

La histórica debilidad estatal para promover y asegurar unos presupuestos mínimos de convivencia pacífica entre los ciudadanos, para promover metas colectivas auténticas, para incentivar una mínima conciencia sobre el valor del derecho, ha sido sustituida por un ejercicio de autoridad privado, implacable, cruel y sin ataduras normativas, por lo menos en función de quienes las padecen como víctimas³⁰.

Tras una institucionalidad apenas *contingente*, casi puramente formal en enormes extensiones territoriales, ha vivido una paraestatalidad que se ha lucrado de todos los recursos públicos y que ha constituido la “autoridad” real en estos territorios, al paso que decenas de políticos se beneficiaron de ello, lo aprovecharon, ajustaron la contingencia a la paraestatalidad,; todo ello con el resultado de un Estado paralelo, con sus propias reglas, con un ejercicio de todo tipo de violencia, con cooptación a sangre y fuego de autoridades y recursos por verdaderos ejércitos de ultraderecha. Es aquí donde tiene sentido de nuevo la pregunta formulada al inicio de este trabajo: ¿puede ser reconducida de alguna manera al derecho este tipo de violencia paraestatal, esta violencia desinstitucionalizada y por principio situada por fuera de todo ordenamiento jurídico? El autor de este informe cree que allí yace el verdadero desafío de toda la maquinaria activada en función de políticas propias de la justicia de transición.

30 Estas debilidades han sido entendidas, a manera de ejemplo y por autores clásicos sobre el tema, como Almond y Pye, como “crisis de penetración” y “crisis de integración”. Son crisis que se originan en la incapacidad estatal para promover una burocracia nacional, para garantizar las fuentes de percepción de los impuestos, para estabilizar y regir un orden político y para agenciar proyectos políticos comunes. En el contexto jurídico, esta crisis entraña la inexistencia de una territorialización efectiva del derecho que dé sustento a decisiones políticas. Gabriel Almond y Bingham Powell, *Comparative Politics. A Development Approach* (Boston, 1966); Gabriel Almond, *Politische Systeme und politischer Wandel*, en *Theorien des sozialen Wandels*, 111-251 (Wolfgang Zapf, Ed., Hanstein et al., 1979).

IV. MECANISMOS DE JUSTICIA TRANSICIONAL EN COLOMBIA Y CORTE PENAL INTERNACIONAL

Éste es un aspecto especialmente complejo. ¿Tendrá competencia la Corte Penal Internacional para juzgar crímenes internacionales cometidos en Colombia? El contexto general que debe ser tenido en cuenta para abordarlo es la Ley de Justicia y Paz. Y, frente a ella, por lo menos en lo que concierne a su articulado en sí, opinión que comparten autores extranjeros que, como Kai Ambos, han trabajado acuciosamente el caso colombiano, no puede decirse, en principio, que la sola ley active la competencia de la Corte Penal Internacional. Diferente era la situación anterior, por ejemplo respecto del proyecto de alternatividad penal.

En su momento, se discutió ampliamente sobre aquello que puede denominarse *imposibilidad sustancial* del Estado para perseguir los crímenes internacionales. De hecho, en el caso de la oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, con sede en Colombia, se insistía en que se trataba de una forma particular o velada de indulto generalizado, prohibido por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. La comunidad internacional participó de este debate y siempre se dijo que, pese a que no se podía considerar que en el país tenía lugar una exclusión del sistema penal, o un fracaso generalizado del mismo, sí se debía tener en cuenta la verdadera voluntad de conducir ante el sistema penal a quienes cometían crímenes internacionales. Así se debatió el proyecto de alternatividad, pero frente a la ley actual y, sobre todo, luego de la decisión de la Corte Constitucional, no es posible concluir radicalmente que pueda activarse la competencia de la Corte Penal Internacional. Ello dependerá, desde luego, de los resultados de la Ley de Justicia y Paz, de su aplicación práctica³¹.

31 A manera de ejemplo, en el contexto del taller organizado por la Fundación Konrad Adenauer, para los fiscales de Justicia y Paz, en el mes de octubre de 2007, el profesor Kai Ambos advirtió a los fiscales, todos reunidos, sobre el hecho de que cada una de sus actuaciones iría a ser vigilada por la comunidad internacional, y estaría monitoreada, como de hecho lo está, por la Corte Penal Internacional. Lo mismo se dirá, además, a los magistrados de justicia y paz en su momento, cuando ellos intervengan con mayor vigor en la implementación de la ley.

Es en el desarrollo práctico de la ley y, además, en el desarrollo práctico del trabajo de la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación, particularmente, de los jueces especializados, y de la Sala Penal de la Corte Suprema, en su tarea de investigar y juzgar los crímenes internacionales, que se jugará el país la posibilidad de activar o no la competencia de la Corte Penal Internacional.

Debe aclararse que el sistema judicial de Colombia es independiente. Dentro de los niveles de presión en que se mueven los jueces, por ejemplo respecto del poder ejecutivo, ellos y los fiscales, con trabajo y valor, han comprobado su independencia y su capacidad de aplicar las normas penales aun en situaciones extremas de conflicto armado y de vulnerabilidad. A mediados del año 2007 se presentó, en este contexto de presión sobre el sistema judicial, una situación particularmente inquietante: a raíz de una decisión de la Sala Penal de la Corte Suprema, en la cual la Sala negó el carácter de delincuente político a los miembros de los grupos paramilitares y se negó a asimilar el delito de sedición al delito de concierto para delinquir, el presidente de la República, por todos los medios, objetó la decisión y acusó a los jueces de hacer política, de trabar los procesos en curso, de obstaculizar la labor del Ejecutivo.

Es un tema que no se ha saldado, tanto más que numerosos políticos aliados del presidente están siendo investigados y juzgados por la Sala Penal de la Corte Suprema. Al inicio de este trabajo, se hacía alusión al denominado “poder de definición”; pues bien, existe hoy en día una competencia feroz en la cual participan todos los actores, por el poder de definición, por la capacidad para otorgar un estatuto al delincuente y por establecer qué tipo de delincuente es éste. De ello debe estar pendiente, a nuestro juicio, la comunidad internacional y, de manera particular, los funcionarios de la Corte Penal Internacional: la selectividad extrema del sistema penal en función de ciertos actores es también fuente de impunidad o, en todo caso, es también fuente de aplicación política y selectiva de la norma penal, de modo que se puedan beneficiar algunos actores que no han hecho su aporte efectivo a la paz, condición mayor para la aplicación de la Ley de Justicia y Paz.

Debe destacarse, en todo caso y a raíz del incidente del mes de marzo entre Colombia y Ecuador, por causa de un operativo militar hecho en territorio ecuatoriano por el ejército y la policía de Colombia, incidente en el cual intervino el presidente Chávez de Venezuela, que aún existe en el país un desconocimiento esencial de las normas fundamentales del Estatuto de Roma. Los asesores y un grupo de abogados que hoy son cuestionados por su ineptitud aconsejaron al presidente de Colombia que denunciara al presidente Chávez por apoyo y fomento de actividades genocidas (a propósito de sus nexos reconocidos con las guerrillas de las FARC). Como se ve, hay confusión en las más altas esferas, sobre estos temas. Desde luego, la denuncia no prosperó, pero sirvió para dar cuenta en el país del uso inapropiado de temas fundamentales relacionados con el Estatuto de Roma (además, se hablaba por funcionarios de la posibilidad de denunciar al presidente de Venezuela por colaboración con actividades terroristas, etc., desconociendo incluso las normas del Estatuto sobre los crímenes internacionales).

V. REFLEXIÓN FINAL

Es importante adelantar una especie de *reflexión final*. Ella debe dar cuenta, en concordancia con lo expuesto, de algunos aspectos absolutamente relevantes para el contexto colombiano. Estos aspectos pueden abordarse, incluso, y como lo ha hecho la historiografía del país, en términos de paradojas: la paradoja de la guerra y el derecho, de la guerra y la política, de la violencia y la democracia, de la violencia y la legitimidad. Ellas cruzan la historia del país. Ahora, el tema que nos ocupa también está cruzado por grandes tensiones que se expresan en textos importantes que se han escrito en el país y que están presentes en el debate diario.

Es el caso, por ejemplo, de los “límites de la conciencia humanitaria”, en escenarios de horror y de comisión de toda suerte de crímenes de lesa humanidad y de crímenes de guerra. A la obsesión mundial por la imposición del castigo, por el hallazgo de justicia, con fundamentos valorativos y presupuestos axiológicos absolutos e indiscutibles, se antepondría esta especie de *limite* a

una conciencia humanitaria que exige castigo y luchar contra la impunidad rampante en situaciones extremas de violencia política y social. El problema de la guerra inacabada y cada vez más degradada –el caso colombiano– y el hecho de experimentarse procesos de paz o, por lo menos, de desarme de máquinas de guerra, con enemigos no vencidos militarmente, sería el que estaría en la base de aquellos límites. Así y enfrentando estos dilemas –exigencias universalistas de castigo y situaciones fácticas indiscutibles ligadas a la guerra– un autor especialmente activo en el tema, considera cuanto sigue:

“mientras en una perspectiva policivo-punitiva de Estado democrático de derecho y de derechos humanos globalizados, en lógica universalista y abstracta, las amnistías suelen ser pensadas como simple y odiosa impunidad y como la expresión de una política que es lo otro y hasta lo opuesto del derecho, en una perspectiva político-militar, en cambio, las correlaciones de fuerzas propias de la política tienden a ser representadas, en lógica contextualista y de pluriverso internacional, como parte de los factores que informan un sentido –responsable– de justicia, y las amnistías y perdones transicionales como instituciones de pleno derecho”³².

En el caso del proceso que se libra actualmente con grupos paramilitares, a diferencia del proyecto de alternatividad de 2003 que fue criticado desde siempre por ser un indulto disfrazado, la Ley de Justicia y Paz no lo es directamente, pero sí contiene privilegios, en función del cumplimiento de condiciones, que pueden ser interpretados como “perdones transicionales”, y en cualquier caso la reflexión mantiene su poder denotativo. Así, el autor concluye con una preocupación base, desde un texto agudo sobre violencia política y mecanismos jurídicos que circulan en la tradición del país para abordarla como pueden; por ello sostiene lo siguiente:

“El gran peligro que rodea las visiones universalistas del Estado democrático de derecho y de derechos humanos a escala global es el del sometimiento excesivo de la política y de los órganos políticos domésticos a los dictados de una judicatura internacional comprometida ciertamente con valores y

32 Iván Orozco Abad, *Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho en Colombia*, XXVI (1992, 2ª. ed. 2006, Temis, Bogotá).

con el justo castigo de criminales, pero poco preocupada por asuntos como el de los fracasos de procesos de paz en la periferia del mundo”³³.

Son estos fracasos posibles y el drama de la periferia los hechos que enlazan con el estudio que, con referencias comparativas al caso chileno, al caso argentino o al de El Salvador, se ocupa de los “límites a la conciencia humanitaria” y, con ellos, de los “dilemas de la paz y la justicia en América Latina”³⁴.

Ahora bien, las paradojas se desenvuelven, aunque el tema sea básicamente el mismo que se acaba de señalar, entre los límites del “perdón y el paredón”, como lo expresa otro libro dedicado con juicio al tema que nos ocupa. Allí, en efecto y bajo esta tensión, se abordan “las preguntas y dilemas de la justicia transicional” en un país que se debate en esta perspectiva. Se trata, en las fronteras de la guerra y la paz, de nuestra propia “geometría de la justicia transicional”, para utilizar el gráfico título de uno de los estudios que conforman el libro³⁵. También, desde luego, el impacto posible de los mecanismos de justicia transicional hoy ensayados, se liga a una paradoja ya enunciada desde un principio: “¿justicia transicional sin transición?”³⁶.

A estas paradojas o tensiones se agrega otra consideración: si el proceso desencadenado hoy por la Ley de Justicia y Paz y a partir de los numerosos mecanismos de justicia transicional derivados de los procesos de reparación, de desmovilización, de búsqueda de

33 Ibid., XXVII.

34 Se trata del texto de Orozco titulado *Sobre los límites de la conciencia humanitaria. Dilemas de la paz y la justicia en América Latina* (Temis, Bogotá, 2005). Es interesante y no apenas anecdótico que este trabajo de Orozco sea utilizado por funcionarios públicos, desde el vicepresidente o ministros, como una especie de Biblia hoy para entender aspectos relacionados con el destino de mecanismos de justicia transicional. Habrá que indagar en las telarañas del pragmatismo, el uso posible que éste hace de conceptos fundados no sólo en “lógicas contextuales”, sino con remisiones sociológicas y filosóficas, de hondo calado y de grandes exigencias.

35 Carsten Stahn, *La geometría de la justicia transicional: opciones de diseño institucional*, en Angelika Rettberg, *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la justicia transicional*, 81 y ss. (Universidad de los Andes, Bogotá, 2005).

36 Rodrigo Uprimny (ed.), *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia* (Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, DeJusticia, Bogotá, 2006).

reconciliación, que actualmente tienen lugar en el país, constituye una especie de expectativa social creada en función de logros de paz posible, esta *expectativa* y la posible *decepción* frente a ella, para utilizar un lenguaje cercano a Niklas Luhmann, por ejemplo, deben medirse en el contexto de la guerra, de la violencia social y política degradada que se vive aún en grandes porciones del territorio en Colombia.

Toda decepción, todo fracaso de las expectativas creadas, generará, necesariamente, mayor violencia. Al mismo tiempo, toda relación entre expectativas creadas y decepciones posibles debe hacerse en función de cada mecanismo que se analice. Por ejemplo, en el caso del derecho penal internacional, aplicado en su versión de derecho interno o, en el mismo caso del derecho penal ordinario, que se aplique a situaciones propias de violaciones de derechos humanos o de derecho humanitario, la conclusión es clara: la respuesta del derecho penal, su capacidad real de contribuir a la paz, de generar auténticos resultados en términos de justicia transicional, es extremadamente limitada y su uso meramente simbólico; la propaganda irresponsable sobre sus grandes efectos, las promesas incumplidas a sabiendas de sus límites, generarán más violencia, menos impacto social, más precariedad en términos de persecución penal efectiva de crímenes internacionales. Las grandes demandas de justicia, tanto más si tienen una carga valorativa sustancial, exceden siempre la capacidad regulativa del derecho. De allí la importancia de la voluntad política real que debe estar presente en la movilización de un número adecuado y masivo de mecanismos de justicia transicional.

Una conclusión parece fácil, al mismo tiempo que corresponde a un propósito que debe comprometer a toda la sociedad: la reconciliación en función de una paz posible es el resultado efectivo de la suma de los diversos mecanismos de justicia transicional. Hay desde luego, y no en sentido peyorativo, un rasgo de utopía en ello, pero lo hay siempre incluso en los dilemas más terribles que una y otra vez se repiten en nuestro país, como se han repetido en el mundo: ¿qué hacer, para decirlo con Hannah Arendt, con los *muertos* del pasado, frente a los posibles *muertos* del presente

y del futuro? ¿Se debe permanecer en la dinámica del castigo en función de los que ya no están, o se puede pensar, sin mala conciencia, en evitar los muertos del futuro?³⁷. Más aún: ¿cuáles son los alcances de un posible perdón –concebido en la forma de privilegios, de concesiones, de dádivas con exigencias– y cuáles los de las promesas basadas en auténticos pactos en los cuales la triada verdad-justicia-reparación sea una realidad?, ¿se mira hacia atrás o hacia delante?, ¿qué se hace, socialmente, con aquellas víctimas que no tuvieron derecho a escoger posibilidades filosóficas? En procesos de transición en medio de la guerra, sólo hay espacio real para los interrogantes, al mismo tiempo que es una obligación repensarlos una y otra vez; en todo caso, si el proceso o los procesos fallan, por las razones que sea, será de nuevo la circularidad de la guerra inacabada y de la violencia degradada el destino que los cubra.

BIBLIOGRAFÍA

- Alto Comisionado para la Paz, *Balance de un proceso*, en *Simposio de evaluación y balance: Dos años de la Ley de Justicia y Paz* (Universidad Santo Tomás, 25 de julio de 2007).
- Almond, Gabriel y Powell, Bingham. *Comparative Politics. A Development Approach* (Boston, 1966).
- Almond, Gabriel, *Politische Systeme und politischer Wandel*, en *Theorien des sozialen Wandels* (Wolfgang Zapf, Ed., Hanstein et al., 1979).
- Agamben, Giorgio, *Stato di eccezione* (Bollati, Torino, 2004).
- Ambos, Kai. *El marco jurídico de la justicia de transición* (Temis, Bogotá, 2008).
- Ambos, Kai (ed.), *Estatuto de Roma y procesos de paz: reflexiones alrededor del “Proyecto de alternatividad penal” en el caso colombiano*, en *Temas actuales del derecho penal internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania, España* (Montevideo, marzo de 2005).
- Aponte, Alejandro, *Civiles y conflicto armado en la jurisprudencia de la*

37 Entre otras obras de Hannah Arendt, cfr. *Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal* (Lumen, Barcelona, 2003).

- Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª. época, enero de 2007 (Universidad Nacional de Educación a Distancia, UNED, Madrid).
- Aponte, Alejandro, *Guerra y derecho penal de enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo* (Edit. Augusto Ibáñez, Bogotá, 2006).
- Arendt, Hannah, *Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal* (Lumen, Barcelona, 2003).
- Barreto Ardila, Hernando, *La Ley de Justicia y Paz frente a la Corte Penal Internacional*, en XXVII *Derecho Penal y Criminología*, *Memorias, XXVIII Jornadas Internacionales de Derecho Penal: Derecho Penal Supranacional* No. 81, mayo-agosto de 2006 (Universidad Externado de Colombia, Bogotá).
- Benjamin, Walter, *Zur Kritik der Gewalt*, en Benjamin, *Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze* (Suhrkamp, Frankfurt, 1965).
- Corte Constitucional, sentencia C-370 de 2006.
- Corte Suprema de Justicia, sentencia 26945 del 11 de julio de 2007, MM.PP.: Yesid Ramírez y Julio Socha Salamanca.
- Derrida, Jacques, *Gesetzskraft. Die mystische Grund der Autorität* (Frankfurt am Main, 1991).
- Huizinga, Johan, *Homo ludens. Vom Ursprung der Kultur im Spiel* (Hamburg, 1997).
- Luhmann, Niklas, *Legitimation durch Verfahren* (Frankfurt am Main, 1983).
- Orozco Abad, Iván, *Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho en Colombia* (1992, 2a. ed. 2006, Temis, Bogotá).
- Orozco Abad, Iván, *Sobre los límites de la conciencia humanitaria. Dilemas de la paz y la justicia en América Latina* (Temis, Bogotá, 2005).
- Pastor, Daniel, *¿Procesos penales sólo para conocer la verdad? La experiencia argentina*, en *Jueces para la Democracia*, No. 59, julio de 2007.
- Revista Semana, Justicia y Paz. Las que pierden siempre*, 21-28 de abril de 2008.
- Schmitt, Carl, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität* (Berlin, 1993).

- Stahn, Carsten, *La geometría de la justicia transicional: opciones de diseño institucional*, en *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la justicia transicional* (Angelika Rettberg, ed., Universidad de los Andes, Bogotá, 2005).
- Uprimny, Rodrigo (ed.), *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia* (Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, DeJusticia, Bogotá, 2006).
- Von Trotha, Trutz, *Ordnungsformen der Gewalt oder Aussichten auf das Ende des staatlichen Gewaltmonopols*, en *Politische Institutionen im Wandel, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* (Nedelmann, Brigitta, von Koepf, Thomas, ed., 1997).
- Weber, Max, *Der Beruf zur Politik*, en *Soziologie, Universalgeschichtliche Analysen, Politik* (Stuttgart, 1973).
- Weber, Max, *Politik als Beruf* (Duncker und Humblot, Berlin, 1990).

